

University of Groningen

Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hoffmann

Karapetian, Arpi

Published in:
Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Karapetian, A. (2015). Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hoffmann: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 146(7052), 209-220.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Bestuurdersaansprakelijkheid na *Van de Riet/Hoffmann*: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn



Mw. mr. A. Karapetian*

1. Inleiding

Het is niet stil aan het rechtsprekende front als het gaat om de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen. Sinds het arrest *Van de Riet/Hoffmann*¹ (elders ook als *Spaanse Villa's* aangeduid) hebben inmiddels verscheidene uitspraken het licht gezien waarin het leerstuk van de aansprakelijkheid van bestuurders een prominente rol speelt. Waar in de ene uitspraak de Hoge Raad een scherper licht laat schijnen over *Van de Riet/Hoffmann*, lijken andere uitspraken implicaties te hebben voor bestaande categorieën van het genoemde leerstuk. De uitspraken roepen enkele fundamentele vragen op die van belang zijn bij de verdere ontwikkeling van het juridische kader waarbinnen bestuurders van rechtspersonen aansprakelijk kunnen worden gesteld.

Eén uitspraak van de Hoge Raad in 2012 was in staat – in ieder geval voor even – het sinds 2000 zorgvuldig en stevig opgebouwde bouwwerk flink aan het wankelen te brengen. De welbekende maatstaf van het ‘ernstig verwijt’ speelde daarbij de hoofdrol. In deze bijdrage zal de door de Hoge Raad uitgezette lijn aan een analyse worden onderworpen en wordt betoogd dat die lijn het zicht ontnemt op de toepasselijke norm.² Voor een goed begrip volgt in paragraaf twee allereerst een bespreking van het arrest *Van de Riet/Hoffmann*, het daarop geleverde commentaar in de rechtsliteratuur en de door de Hoge Raad recentelijk aangebrachte verheldering. Uit die verheldering volgt dat de hoedanigheid waarin de bestuurder heeft gehandeld een bepalende rol toekomt met betrekking tot de toepassing van de ‘ernstig verwijt’ maatstaf. De notie van de hoedanigheid van de bestuurder roept echter diverse vragen op en de behandeling daarvan komt aan de orde in paragraaf drie. Vervolgens wordt het vizier op de voor de bestuurder toepasselijke norm gericht. Daartoe zal eerst aan de hand van het rechtsgeleerd debat dat in het begin van de vorige eeuw hierover werd gevoerd een poging worden gedaan te ontkomen aan de dwang van het uitgangspunt van het ‘ernstig verwijt’ in het kader van de onrechtmatige daad-aansprakelijkheid. Aansluitend wordt bij wijze van illustratie van het belang van de norm gezien welke normen gedistilleerd kunnen worden uit de oude en recente rechtspraak van de Hoge Raad. Tot slot volgt een conclusie.

2. Art. 6:162 BW, de bestuurdersaansprakelijkheid en de Hoge Raad

2.1. *Ontvanger/X*

Het arrest *Ontvanger/X* wordt steevast aangehaald in beschouwingen over de structuur van de bestuurdersaansprakelijkheid.³ In dit arrest gaf de Hoge Raad bij wijze van resumé een uiteenzetting over de wijzen waarop de bestuurder van een rechtspersoon op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk kan zijn jegens een derde. Het gaat daarbij volgens het college om situaties waarin sprake is van een benadeling van een schuldeiser van de vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. De bestuurder kan volgens die uiteenzetting in twee categorieën van gevallen aansprakelijk zijn – mits hem een ‘voldoende ernstig verwijt’ kan worden gemaakt.

De eerste categorie is afkomstig uit het eerder gewezen *Beklamel*-arrest⁴ en betreft het geval waarin iemand als bestuurder namens de vennootschap heeft gehandeld. Met betrekking tot de disculpatiemogelijkheden van de bestuurder werd in een latere uitspraak uit 2009 in lijn met de hiervoor gereleveerde algemene overweging geoordeeld dat de bestuurder (ook) vrijuit gaat indien hem geen ‘voldoende ernstig verwijt’ kan worden gemaakt.⁵

* Werkt als promovenda en docent bij de vakgroep Privaatrecht en Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen.
(a.karapetian@rug.nl)

1. HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302.
2. Verstijlen deed in zijn bijdrage naar aanleiding van het *Van de Riet/Hoffmann*-arrest een oproep de structuur van de bestuurdersaansprakelijkheid te heroverwegen. Zie F.M.J. Verstijlen, ‘Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid’, *NJB* 2013/551, afl. 11, p. 664-670. In deze bijdrage borduur ik daarop voort.
3. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659.
4. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286.
5. HR 28 juni 2009, *NJ* 2009/418 (*X/Eurocommerce*).

De tweede categorie van gevallen ziet op de situatie waarin iemand als bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt.⁶ Voor beide categorieën van gevallen geldt volgens de Hoge Raad dat aansprakelijkheid slechts dan kan worden aangenomen indien de desbetreffende bestuurder een ‘voldoende ernstig verwijt’ kan worden gemaakt. Het was niet de eerste keer dat de Hoge Raad deze woordencombinatie bezigde in het kader van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Het ‘voldoende ernstig verwijt’ deed zijn intrede in het arrest *NHB/Oosterhof* uit 2000⁷, waarnaar overigens ook verwezen wordt in de zojuist omschreven overweging uit *Ontvanger/X*. In dit arrest had de Hoge Raad geoordeeld dat in gevallen waarin de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap een door haar aangegane overeenkomst niet nakomt, hij persoonlijk aansprakelijk kan zijn uit onrechtmatig handelen, mits het verwijt dat hem wordt gemaakt ‘voldoende ernstig’ is om hem aansprakelijk te houden. Deze overweging kreeg, als gezegd, navolging in *Ontvanger/X*.

2.2. Van de Riet/Hoffmann en commentaar

De uit *Ontvanger/X* stammende categorisering vond zonder veel tegenstand toepassing in zowel de literatuur als de rechtspraak.⁸ Er werden niet al te veel en niet al te grote vraagtekens geplaatst bij de dwingende rol die het woordenstel ‘(voldoende) ernstig verwijt’ was toegekend. Sterker nog, het tot toetsingsmaatstaf gepromoveerde ‘(voldoende) ernstig verwijt’ kreeg bijval van een groot deel van de auteurs en haar bestaansrecht stond aan weinig kritiek bloot in het debat over de bestuurdersaansprakelijkheid. Deze situatie duurde tot november 2012, toen het reeds aangehaalde arrest *Van de Riet/Hoffmann* werd gewezen. Dit arrest verstoorde de tot dat moment harmonische toepassing van de ‘(voldoende) ernstig verwijt’-maatstaf.

Na te hebben overwogen dat

‘voor onrechtmatig handelen van de vennootschap de bestuurder slechts (naast de vennootschap) persoonlijk aansprakelijk gehouden (kan) worden, indien hem ter zaken van het onrechtmatig handelen van de vennootschap persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt op de grond dat hij dat handelen in verband met de kenbare belangen van de benadeelde had behoren te voorkomen’,

oordeelde de Hoge Raad dat de eis van ‘(voldoende) ernstig verwijt’ niet geldt indien de bestuurder

‘in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting (...) [jegens de derde] en niet op de grond dat hem als bestuurder het verwijt wordt gemaakt dat door zijn onbehoorlijke taakuitoefening de Vennootschap in strijd heeft gehandeld met een

op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting (...) [jegens de derde]’.

Een dergelijk geval waarin voor de aansprakelijkheid van de bestuurder geen ernstig verwijt is vereist, geldt volgens het rechtscollege tot slot ook

‘in een geval als het onderhavige, waarin de onrechtmatige gedragingen van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer (tevens) als gedragingen van de vennootschap kunnen worden aangemerkt’.

De conceptualisering van het ‘(voldoende) ernstig verwijt’ was gezien het niet consistente gebruik van de bijvoeglijke naamwoorden ‘voldoende’ en ‘ernstig’ op zichzelf al niet helder maar de aangehaalde overwegingen tilden de staat van verwarring naar een hoger niveau. *Van de Riet/Hoffmann* zorgde voor een sterke herleving van de aandacht voor het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid met als centrale factor de maatstaf van het ‘ernstig verwijt’. Er volgden publicaties waarin de uitspraak kritisch tegen het licht werd gehouden, waarbij de bijdragen varieerden van meer concrete bezwaren naar meer abstracte kanttekeningen.⁹ Er klonken echter ook instemmende geluiden die de overwegingen van de Hoge Raad zonder bezwaren in het bestaande kader (van *Ontvanger/X*) passend oordeelden. Daarbij werd met name benadrukt dat *Van de Riet/Hoffman* niet ging over de bestuurdersaansprakelijkheid maar over de aansprakelijkheid van degene die in die voorliggende zaak als een professionele beroepsbeoefenaar was opgetreden.¹⁰

6. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659, r.o. 3.5.2 (*Ontvanger/X*).

7. HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 (*NHB/Oosterhof*).

8. In een recent arrest van de Hoge Raad werd in een geval van benadeling van de gezamenlijke schuldeisers – bij mijn weten voor de eerste maal – ook de zogenoemde Peeters/Gatzen-vordering tegen de indirect bestuurder in de sleutel van het ernstig verwijt geplaatst. HR 23 mei 2014, *NJ* 2014, 325 m.nt. Van Schilfgaarde.

9. Zie bijv. M.J.G.C. Raaijmakers, ‘Costa Blanca: directe aansprakelijkheid buiten de BV om’, *Ars Aequi* 2013, 2, p. 125; W.J.M. van Anel en K. Rutten in een noot onder Van de Riet/Hoffman in *JOR* 2013, 40; M.J. Kroeze, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid of eigen onrechtmatige daad. Maatstaf voor aansprakelijkheid’, *Ondernemingsrecht* 2013, 47; M.H.C. Sinnighe Damsté, ‘Externe bestuurdersaansprakelijkheid versus gewone onrechtmatige daad’, *TOP* 2013/1, p. 32-36; M. Stolp, ‘Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht’, *NJB* 2013, afl. 22, p. 1344-1447; F.M.J. Verstijlen, ‘Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid’, *NJB* 2013/551, afl. 11.

10. Zie met name de bijdrage van Van Anel en Rutten, t.a.p. en de bijdrage van Stolp, t.a.p.

Dat de Hoge Raad in de bewuste overwegingen bleef spreken van de bestuurder die een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsnorm zou hebben geschonden, vond men verwarrend maar niet dusdanig storend dat het de voorgestane interpretatie van de uitspraak minder dragend zou maken. Hetzelfde gold voor de omstandigheid dat de aangesproken persoon, Van de Riet, in het kader van de vennootschap en haar bedrijfsvoering in contact was gekomen met de benadeelde derde zonder dat tegenover de benadeelde derde op enig moment afstand was gedaan van die hoedanigheid.

Een deel van de auteurs plaatste de uitspraak in de sleutel van het initieel door Van der Grinten als zodanig geïntroduceerde onderscheid tussen primaire en secundaire aansprakelijkheid.¹¹ De Valk had hierop voortbouwend in haar dissertatie betoogd dat de bestuurder primair aansprakelijk is indien hij een norm heeft overtreden die op hem persoonlijk rust en secundair aansprakelijk is indien de rechtspersoon primair aansprakelijk is wegens schending van een op hem rustende norm maar de bestuurder vanwege zijn (persoonlijk) onrechtmatig handelen ook een verwijt kan worden gemaakt.¹² Voor de gevallen van secundaire aansprakelijkheid eist De Valk de aanwezigheid van een ernstig verwijt aangezien zij als (algemene) maatstaf voor dat type aansprakelijkheid hanteert dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat de rechtspersoon door zijn handelen een onrechtmatige daad zou plegen.

2.3. Verheldering van Van de Riet/Hoffmann

De overwegingen in *Van de Riet/Hoffmann* leken inderdaad erop te wijzen dat de Hoge Raad zich dit onderscheid eigen had gemaakt. Er werd namelijk gesproken van een op de bestuurder persoonlijk rustende zorgvuldigheidsnorm in tegenstelling tot het verwijt dat aan de bestuurder wordt gemaakt dat door zijn in die hoedanigheid verrichte onbehoorlijke taakuitoefening de vennootschap een op haar rustende norm jegens de derde heeft geschonden. In het eerste geval zou de bestuurder de primair aansprakelijke zijn en in het tweede geval (slechts) de secundaire omdat het primair de vennootschap was die zich aan onrechtmatig handelen jegens de derde had schuldig gemaakt. Zoals in de inleiding aangegeven heeft de Hoge Raad recentelijk een arrest gewezen waarin de overwegingen uit *Van de Riet/Hoffmann* een scherpere duiding hebben gekregen. Hoewel met zoveel woorden wordt gezegd dat tegenover de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap, kan op grond van die nadere duiding echter worden betwijfeld of de Hoge Raad met de veelbesproken overwegingen ook het oog op het primair-secundair onderscheid heeft gehad. Uit de hierna te bespreken rechtsoverwegingen lijkt te kunnen worden afgeleid dat veel meer dan op de tweedeling primair-secundair de nadruk ligt op de hoedanigheid waarin de aangesproken persoon is opgetreden. Wat was er aan de hand?

In het kader van een bemiddelingsovereenkomst waren door vennootschap X volmachten gegeven aan persoon Y die bij de verkoop van vliegtuigen van vennootschap X aan Turbine Aircraft Marketing Inc. Te San Angelo, Verenigde Staten van Amerika (hierna: Turbine) als gevolmachtigde van vennootschap X is opgetreden.¹³ Onderdeel van de volmachten was dat het koopbedrag door Turbine aan vennootschap X zou worden overgemaakt. Na de verkoophandelingen heeft persoon Y in strijd met voormelde afspraak in de aan Turbine toegezonden factuur vermeld dat het koopbedrag diende te worden overgemaakt op de bankrekening van Tulip Air Lease B.V. (Tulip). Persoon Y was ten tijde van de verkoophandelingen en het versturen van de factuur enig bestuurder en enig aandeelhouder van Tulip Air Holding B.V. waarvan onder andere Tulip een werkmaatschappij was. Nadat het factuurbedrag was overgemaakt op de bankrekening van Tulip, is door Tulip een deel daarvan betaald aan Dynamic Air B.V. Hierop heeft vennootschap X zowel Tulip als persoon Y aansprakelijk gesteld op grond van respectievelijk wanprestatie en onrechtmatige daad omdat persoon Y met zijn handelingen buiten de verleende volmachten zou zijn getreden. In feitelijke aanleg werd de vraag beantwoord of persoon Y bij de totstandkoming en de uitvoering van de volmachten in privé handelde of als bestuurder van Tulip. Het hof oordeelde dat vennootschap X geacht moet worden een bemiddelingsovereenkomst te hebben gesloten met Tulip, waardoor de volmachten worden geacht aan haar te zijn verleend en niet aan persoon Y in privé. Nu vaststond dat persoon Y in hoedanigheid van bestuurder van Tulip, de contractspartij, had gehandeld, werd in het cassatiemiddel preluderend op *Van de Riet/Hoffmann* door vennootschap X een beroep gedaan op de primaire aansprakelijkheid van persoon Y omdat hij, ondanks zijn hoedanigheid van bestuurder, een norm zou hebben overtreden die op hem persoonlijk rustte. De Hoge Raad gaf daarop niet alleen een algemene overweging over het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid, maar verhelderde in een *obiter dictum* ook de bekende overwegingen uit *Van de Riet/Hoffmann*.

2.3.1. Voldoende ernstig verwijt vs. ernstig verwijt

Allereerst neemt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.5.2 tot uitgangspunt dat indien de vennootschap tekortschiet in de nakoming van een overeenkomst of een onrechtmatige daad pleegt, uitsluitend de vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit

11. Asser-Van der Grinten I (*De vertegenwoordiging*), 7^e druk, 1990, nr. 177.

12. S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend*, diss. 2009, p. 128-137.

13. HR 5 september 2014, NJ 2015, 21 m.nt. Van Schilfgaarde.

voortvloeiende schade. Vervolgens wordt overwogen dat onder bijzondere omstandigheden evenwel naast de vennootschap ook ruimte kan zijn voor aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap. Daarvoor is volgens het rechtscollege echter vereist dat die bestuurder ‘ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt’.

Opvallend is dat de Hoge Raad zich niet meer bedient van het bijwoord ‘voldoende’ bij de aanduiding van het verwijt dat de bestuurder moet worden gemaakt. In alle gevallen dient, zoals volgt uit de overweging, het verwijt ernstig te zijn om aansprakelijkheid te kunnen constitueren. Een ‘voldoende ernstig verwijt’ dat meer is dan een ‘gewoon verwijt’ maar minder dan een ‘ernstig verwijt’ is dus onvoldoende. Het is mogelijk dat dit bijwoord voorgoed in de ban is gedaan door ons hoogste rechtscollege, gelezen het andere recentelijk gewezen en nog te bespreken arrest waarin de aansprakelijkheid wegens schending van de *Beklamel*-norm centraal stond.¹⁴ Daarin werd in het kader van de *Beklamel*-norm overwogen dat de bestuurder vrijuit gaat indien de door hem aan te voeren omstandigheden de conclusie rechtvaardigen dat hem ‘persoonlijk ter zake van de benadeling geen ernstig verwijt kan worden gemaakt’. Na het arrest *X/Eurocommerce*¹⁵ in 2009 luidde het geldende recht immers dat de bestuurder zich al kon disculperen indien hij aantoonde dat hem geen ‘voldoende ernstig verwijt’ kon worden gemaakt ter zake van de benadeling. De genoemde uitspraak komt hierna nog aan de orde.

Hoewel de Hoge Raad na de hierboven omschreven overweging kon volstaan met het oordeel dat uit de feitelijke beoordeling van het hof blijkt dat de aangesprokene handelde als bestuurder van de vennootschap ten gevolge waarvan de maatstaf van het ‘ernstig verwijt’ diende te worden toegepast, deed hij dat niet. Kennelijk achtte hij het dringend gewenst de discussie in de literatuur over de betekenis van *Van de Riet/Hoffmann* te beslechten.¹⁶ Hij voegde een *obiter dictum* toe.

2.3.2. De betekenis van *Van de Riet/Hoffmann*

De bewuste overweging vangt aan met de mededeling dat bestuurdersaansprakelijkheid niet aan de orde is in het geval dat zich voordeed in *Van de Riet/Hoffmann*. ‘Dit arrest had niet betrekking op het handelen van de betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap, maar op de vraag of de betrokkene optredend als deskundig bemiddelaar (dienstverlener), had gehandeld in strijd met een op hem in die hoedanigheid van deskundig bemiddelaar rustende zorgvuldigheidsnorm’, aldus de Hoge Raad. Kennelijk om alle associaties met het bestuurderschap te vermijden door het gebruik van het woord ‘betrokkene’, vervolgt hij dat het hof in dat arrest ‘immers [had] geoordeeld dat niet de vennootschap waarvan de

betrokkene bestuurder was, maar de betrokkene zelf als bemiddelaar optrad’ en voor die situaties acht de Hoge Raad de toepassing van de ‘ernstig verwijt’ maatstaf geen gronden aanwezig. De overweging in *Van de Riet/Hoffmann* dat het zich voordoen van een situatie waarin een ‘gewoon verwijt’ volstaat niet wegneemt dat de onrechtmatige gedragingen van de desbetreffende persoon in het maatschappelijk verkeer tevens als gedragingen van de vennootschap waarvan hij bestuurder is kunnen gelden, wordt herhaald. De Hoge Raad concludeert dat voor de beantwoording van de vraag of de maatstaf van het ‘ernstig verwijt’ moet worden toegepast bepalend is of het handelen van betrokkene heeft plaatsgevonden bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap. Niet de vraag of de bestuurder een rechtstreeks of (slechts) ‘secundair’ tot hem gerichte norm heeft overtreden is van belang voor de activering van het ‘ernstig verwijt’ maar de omstandigheid dat hij bij zijn handelen is opgetreden als bestuurder in het kader van zijn taakuitoefening. Voor het onderscheid tussen rechtstreeks en secundair daderschap zijn de hoedanigheid waarin de bestuurder is opgetreden en de aard van zijn handelingen immers niet direct van belang.¹⁷ De raad lijkt met deze nieuwe uitspraak de nadruk te leggen op het (feitelijke) kader waarbinnen de handelingen zijn verricht; indien de handelingen in het kader van de taakvervulling zijn verricht, dient een verzwaarde verwijtbaarheidsmaatstaf te worden gebruikt.

3. De problematiek van de hoedanigheid van de bestuurder

3.1. Handelen in het kader van de bestuurlijke taakvervulling

De Hoge Raad heeft zich met deze uitspraak geschaard achter het standpunt van auteurs die van oordeel waren dat *Van de Riet/Hoffman* zag op de aansprakelijkheid van Van de Riet niet in zijn hoe-

14. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. Van Schilfgaarde.

15. HR 28 juni 2009, *NJ* 2009, 418.

16. Ook in de lagere rechtspraak werd ‘gegoocheld’ met *Van de Riet/Hoffman*. Gevallen waarin sprake was van professionele dienstverlening en het naar het oordeel van de meerderheid van de schrijvers voor de hand zou liggen geen ‘ernstig verwijt’ toe te passen, werd een beroep op *Van de Riet/Hoffmann* verworpen en gevallen waarin de bestuurder bij uitstek bestuurstaken had verricht, werd een beroep op *Van de Riet/Hoffman* juist aanvaard. Zie voor een weergave van de lagere rechtspraak M. Mussche, ‘De invloed van het arrest Spaanse Villa: een tussenbalans’, *Bb* 2014, 34.

17. Zie De Valk, a.w. p. 132. Als voorbeeld van een geval van primaire aansprakelijkheid noemt de auteur hier de aan HR 15 oktober 1982, *NJ* 1984, 21 ten grondslag liggende casus van de bestuurder die aansprakelijk werd gehouden voor het niet-naleven van veiligheidsvoorschriften, waardoor een werknemer schade had geleden. De bestuurder handelde daarbij echter (ook) in het kader van de bestuurlijke taakvervulling.

danigheid als bestuurder, maar in zijn hoedanigheid van deskundige bemiddelaar. Omdat de betrokkene bij zijn handelen niet de bestuurderspet op had, hoeft hem voor de vaststelling van zijn aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad geen ernstig verwijt te worden gemaakt, is de gedachtegang. Gewoon verwijtbaar onzorgvuldig handelen volstaat. Is dit een gelukkige verheldering van *Van de Riet/Hoffmann*?

Ik betwijfel het. De overwegingen in *Van de Riet/Hoffmann* leken even de dominantie van het ‘ernstig verwijt’ in de discussie over het normenkader voor de bestuurder te doorbreken. De uitspraak suggereerde namelijk dat ook situaties denkbaar waren waarin de bestuurder niet – ernstig – verwijtbaar handelen kwalijk kon worden genomen en dat opende mijns inziens mogelijkheden om de focus te verleggen naar de invulling van de (zorgvuldigheids)-norm die een bestuurder (persoonlijk) in acht moet nemen. Uit de recente uitspraak blijkt echter dat de Hoge Raad blijft vasthouden aan het ‘ernstig verwijt’ als verwijtbaarheids- en toetsingsmaatstaf waardoor de discussie zich vermoedelijk zal toespitsen op de vraag of een bepaalde handeling wel of niet geacht kan worden in het kader van de bestuurlijke taakvervulling te zijn verricht. Dat laatste gegeven is namelijk bepalend voor de toepassing van het ‘ernstig verwijt’. Die discussie is een bewerkelijke. Of de bestuurder in hoedanigheid heeft gehandeld is namelijk niet eenvoudig vast te stellen. Illustratief zijn daarbij de in de literatuur bestaande meningsverschillen over de interpretatie van de vastgestelde feiten in de zaak van *Van de Riet/Hoffmann*. Handelt iemand bijvoorbeeld in hoedanigheid van bestuurder indien hij zonder vergunning afvalwater loost vanuit het bedrijfspand? Wat bepaalt ten slotte of een gedraging in het kader van de taakvervulling is verricht?¹⁸ Is voldoende dat de gedraging in de sfeer van de rechtspersoon heeft plaatsgevonden of is daarnaast vereist dat de bestuurder ten behoeve van de rechtspersoon meende te handelen?

3.2. Aansprakelijkheid vennootschap (rechtspersoon)

Bij de bovenstaande vragen is ook van belang de in de recente arresten bevestigde overweging uit *Van de Riet vs. Hoffmann* dat de toepassing van de ‘gewone criteria’ van onrechtmatige daad er niet aan in de weg staat dat de gedragingen van de aangesproken persoon naar de maatstaven van het maatschappelijk verkeer aangemerkt kunnen worden als gedragingen van de vennootschap waarvan hij bestuurder is. De bestuurder kan derhalve een handeling verrichten op grond waarvan hij aansprakelijk is uit schending van een persoonlijk op hem rustende norm, waarbij dit impliceert (zoals blijkt uit de hiervoor besproken uitspraak van de Hoge Raad) dat hij niet in het kader van zijn taakvervulling heeft gehandeld, terwijl diezelfde gedragingen ook als gedragingen van de vennootschap kunnen gelden.¹⁹

De vraag rijst op grond waarvan die gedragingen dan toegerekend kunnen worden aan de vennootschap, indien zij buiten de bestuurlijke taakvervulling zijn verricht. Me dunkt dat voor het aanmerken van bepaalde gedragingen als gedragingen van de rechtspersoon, het niet zo kan zijn dat bij het verrichten van die gedragingen elk verband met het bestuurderschap ontbrak. Volgens Timmerman dient voor het aanmerken van gedragingen als gedragingen van de rechtspersoon sprake te zijn van een intrinsieke band tussen het onrechtmatige gedrag en de gebruikelijke activiteiten van de rechtspersoon.²⁰ Omdat toerekening niet aan de orde kan zijn indien elk verband met de rechtspersoon ontbreekt en de Hoge Raad toerekening van gedragingen in de geest van *Van de Riet/Hoffmann* ook mogelijk acht, ziet de Hoge Raad de verhouding tussen de aansprakelijkheid in het kader van de bestuurlijke taakvervulling en de aansprakelijkheid op grond van schending van een externe zorgvuldigheidsnorm denkelijk als een glijdende schaal. Het is dus niet zo dat bij de aansprakelijkheid wegens schending van een op de bestuurder persoonlijk rustende zorgvuldigheidsnorm elke verbinding met het bestuurderschap zoek is. De hoedanigheid van bestuurder kan in deze gedachtegang dus wel aanwezig zijn bij de aansprakelijkheidstelling naar *Van de Riet/Hoffmann*, maar leidt wegens haar omvang (gering) niet ertoe dat de maatstaf van het ‘ernstig verwijt’ wordt toegepast. Dit plaatst de rechter voor de moeilijke opgave in elke zaak te beoordelen hoe groot het verband tussen de gedragingen en de bestuurlijke taakvervulling moet zijn geweest om niet meer van een aansprakelijkheid naar *Van de Riet/Hoffmann* te kunnen spreken en de maatstaf van het ‘ernstig verwijt’ toe te passen.

18. Dat het niet om een eenvoudige, laat staan eenduidige, beoordeling gaat, toont het recente arrest van 13 oktober aan (HR 13 oktober 2014 *JOR* 2014, 297). A-G Wissink was van oordeel dat de aangesproken bestuurder een persoonlijke zorgvuldigheidsplicht had geschonden en om die reden niet door de poort van het ‘ernstig verwijt’ hoefde te worden geleid door het hof, maar de Hoge Raad legde het arrest van het hof zo uit dat er sprake was van handelen in de hoedanigheid van bestuurder zodat de maatstaf van het ‘ernstig verwijt’ had moeten worden toegepast. Zie conclusie A-G voor dit arrest, nr. 3.29-2.31.

19. Assink legt deze onvolmaaktheid in *Van de Riet/Hoffmann* aldus uit – als ik hem goed begrijp – dat de bestuurder bij het verrichten van de litigieuze handelingen niet alleen een persoonlijk op hem rustende zorgvuldigheidsnorm kan overtreden, maar daarbij ook in het kader van de taakvervulling als bestuurder kan handelen, daarbij differentiërend naar verschillende soorten handelingen. De Hoge Raad onderscheidt echter niet verschillende soorten gedragingen als hij zegt dat dezelfde gedragingen (gedragingen die de schending van een op de bestuurder in privé rustende zorgvuldigheidsnorm schragen) ook als gedragingen van de rechtspersoon kunnen gelden. Zie B.F. Assink, ‘Verbindingen tussen bestuurderschap, bestuurdersaansprakelijkheid en civielrechtelijk bestuursverbod’, *WPNR* (2013) 144, nr. 6983, p. 577.

20. L. Timmerman, ‘Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht’, in: Ten Berge e.a. 2000, p. 120.

3.3. *Hoedanigheid van de bestuurders en perceptie schuldeiser*

De vraag dringt zich bovendien op welk perspectief moet worden gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of de bestuurder in het kader van zijn taakvervulling heeft gehandeld. De perceptie die de derde heeft gehad van de hoedanigheid waarin de bestuurder opereerde kan immers ook van belang zijn bij de beoordeling van de geoorloofdheid van het handelen. Zoals Verstijlen heeft betoogd, zal een derde die weet dat hij met een vennootschap contracteert die vertegenwoordigd wordt door de bestuurder niet erop mogen vertrouwen dat de bestuurder ‘zal instaan’ voor de nakoming van de gesloten overeenkomst of bij het sluiten van de overeenkomst volledig rekening zal houden met de belangen van de wederpartij.²¹ Het is dus niet ondenkbaar dat de bestuurder bij schuldeisers die niet bewust met de vennootschap contracteren eerder maatschappelijk onbetamelijk handelt dan bij schuldeisers die welbewust met de vennootschap in zee gaan.²² In lijn hiermee zou ik ook niet willen uitsluiten dat hetzelfde geldt voor het geval dat een derde schade lijdt door feitelijk handelen van de bestuurder (namens de vennootschap).

3.4. *Ontvanger/Nilarco*

Als laatste is niet duidelijk hoe de tweedeling handelen in het kader van de taakvervulling en handelen buiten dat kader met de daaraan gekoppelde differentiatie naar de toepasselijke aansprakelijkheidscriteria moet worden begrepen tegen het licht van *Ontvanger/Nilarco*.²³ In deze zaak was de bestuurder van een inmiddels failliete vennootschap benaderd door de curator voor een bod op een partij tegels van de vennootschap. De bestuurder fungeerde hierbij als bestuurder van een andere vennootschap. Hoewel de koopprijs boven de taxatiewaarde lag, werden de tegels direct na de aankoop door de bestuurder van de andere vennootschap doorverkocht aan een derde voor een veel hogere prijs. De fiscus als crediteur van de vennootschap voelde zich benadeeld en sprak onder meer de bestuurder aan op grond van onrechtmatige daad. De bestuurder verweerde zich met het argument dat hij bij de koop (en doorverkoop) van de tegels niet in hoedanigheid van bestuurder van de failliete vennootschap had gehandeld maar als ‘deelnemer aan het handelsverkeer’. De Hoge Raad oordeelde dat ‘de bijzondere hoedanigheid van bestuurder – die (...) tot een extra zorgplicht kan leiden – op W [de bestuurder] blijft rusten ook als hij (...) door de curator is benaderd met (slechts) het verzoek om de partij tegels te kopen’. Hoewel deze overweging cassatietechnisch was bepaald – bij het hof noch bij de Hoge Raad was opgekomen tegen de door de rechtbank vastgestelde maatstaf dat op de bestuurder van een vennootschap een bijzondere zorgplicht kan rusten jegens de schuldeisers van de vennootschap – legt zij in mijn optiek wel fraai de hoedanighedenproblematiek bloot. Ook in het geval de bestuurder in andere

hoedanigheid functioneert, blijven de hoedanigheid van bestuurder en de daaruit voortvloeiende zorgplichten jegens de schuldeisers van de vennootschap hun gelding behouden. De recente uitleg van *Van de Riet/Hoffmann* maakt de totstandkoming van een dergelijk – in mijn ogen juist – oordeel bewerkelijk. De huidige systematiek dwingt immers met het oog op het ‘ernstig verwijt’ een strikt onderscheid te maken tussen handelen in het kader van de taakvervulling en handelen dat daarbuiten plaatsvindt. Dat belet mijns inziens een integrale beoordeling waarin alle relevante omstandigheden voor de beoordeling van de zorgvuldigheid van het handelen – mits in rechte aangevoerd – hun beslag kunnen krijgen, zonder het keurslijf van het ‘ernstig verwijt’.

4. *Ernstig verwijt, Kretschmar/Mendes de Leon en de norm*

4.1. *Nut en noodzaak van het ‘ernstig verwijt’*

De beoordeling van de vraag of het handelen in het kader van de taakvervulling als bestuurder is verricht, geschiedt als gezegd met het oog op de toepasselijkheid van het ‘ernstig verwijt’ als verzwaarde maatstaf. Daarmee houdt de Hoge Raad vast aan het ‘ernstig verwijt’ als instrument om de aansprakelijkheid van bestuurders te reguleren. Er zijn auteurs die het ‘ernstig verwijt’ als een totaalconcept zien, een maatstaf die zowel de onrechtmatigheid als de verwijtbaarheid herbergt.²⁴ Hoewel ik die gedachtegang kan begrijpen²⁵ blijkt uit de

21. Verstijlen, a.w. p. 668-669.

22. In beide gevallen kiest de schuldeiser er niet bewust voor een betrekking met de vennootschap aan te gaan. In het eerste geval omdat hij niet weet dat de bestuurder in hoedanigheid handelde en in het tweede geval omdat de (latere) schuldeiser in het geheel niet wilde contracteren met de vennootschap (de zogenoemde onvrijwillige schuldeiser).

23. HR 11 februari 2011, NJ 2011, 305 m.nt. Van Schilfgaarde.

24. Met name Assink, t.a.p. en als medeauteur in B.F. Assink, H.E. Broring, L. Timmerman en S.N. de Valk ‘Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht – Een dwarsdoorsnede’ in: B.F. Assink e.a. (red.), *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht*, 2011, p. 25.

25. In *Ontvanger/X* wordt bijvoorbeeld gerept van het aannemen van onrechtmatigheid zijdens de bestuurder ‘waar hem een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt’, hetgeen erop kan duiden dat de onrechtmatigheid bestaat uit de vaststelling van het ‘voldoende ernstig verwijt’. En in *NHB/Oosterhof* werd bij het weergeven van de *Beklamel*-norm overwogen, dat de bestuurder vrijuit zou gaan indien door de door hem aangevoerde zijn handelwijze rechtvaardigende of verontschuldigende omstandigheden hem geen persoonlijk verwijt zou kunnen worden getroffen. Uit deze overwegingen zou kunnen worden afgeleid dat zowel de rechtvaardigende als de verontschuldigende omstandigheden het persoonlijk verwijt kunnen wegnemen, hetgeen erop zou duiden dat de Hoge Raad een ander begrip van verwijt dan neergelegd in art. 6:162 BW bezigt in het kader van de bestuursaansprakelijkheid.

– toegegeven, niet consistente – rechtspraak toch dat het ‘ernstig verwijt’ ziet op de gradatie van de verwijtbaarheid.²⁶ Dit blijkt uit de overwegingen in *Van de Riet/Hoffmann* waarin de Hoge Raad duidelijk differentieert tussen onrechtmatigheid en verwijt (slot r.o. 3.4.1). Bovendien wordt in de hierboven besproken recentelijke uitspraak aangegeven dat voor aansprakelijkheid van de bestuurder vereist is dat hem ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Benadeling is geen waardevrij begrip en bevat mijns inziens een oordeel over de geoorloofdheid van het handelen en daarmee over de vraag of er sprake is van een normschending. Daarnaast lijkt de Hoge Raad in de recente arresten steeds meer de nadruk te leggen op de aard en de ernst van de normschending voor de beantwoording van de vraag of hem ter zake een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De nadruk op de normschending weerspiegelt in mijn optiek het verschil in betekenis dat bestaat met het ‘ernstig verwijt’ als verwijtbaarheidsmaatstaf.

De vraag of voldoende rechtvaardiging bestaat in alle gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid een zwaardere verwijtbaarheids- (en aansprakelijkheids)-maatstaf te hanteren, heeft reeds uitgebreid de revue gepasseerd in de literatuur. Auteurs die deze vraag bevestigend beantwoorden, verwijzen enerzijds naar de wetsgeschiedenis ten aanzien van art. 2:9 BW en wijzen anderzijds op het fenomeen ‘bange bestuurders’ dat een hoge vlucht zou nemen indien de maatstaf van ‘ernstig verwijt’ zou worden losgelaten.²⁷ Met een beroep op de parlementaire [wets]-geschiedenis van art. 2:9 BW (en art. 2:248 BW) wordt daarbij door sommige auteurs geopperd dat de algemene grondslag van de bestuurdersaansprakelijkheid de gehoudenheid van het bestuur tot een behoorlijke taakvervulling (jegens de vennootschap) is.²⁸ Dat het bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad echter gaat om onrechtmatig handelen jegens een derde en dat de bestuurder jegens derden niet gehouden is tot een behoorlijke taakvervulling, wordt daarbij opmerkelijk genoeg niet in de beoordeling meegenomen.²⁹

Wat de angst van sommige auteurs voor bange bestuurders betreft, weten zij zich gesteund door de Hoge Raad die ter rechtvaardiging van de ‘ernstig verwijt’ maatstaf herhaaldelijk wijst op het ‘maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen’.³⁰ Ik vraag mij af of dit argument voldoende dragend is voor de toepassing van een ‘ernstig verwijt’ maatstaf. Hoewel ik terdege inzie dat bestuurders de nodige ruimte moet worden gelaten risico’s te nemen, leidt dat volgens mij niet dwingend ertoe dat dus een hogere eis wordt gesteld aan de vereiste schuld. En dit geldt mijns inziens onafhankelijk van het uitgangspunt dat bestuurders in zijn algemeenheid minder snel aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld. In het verleden werd in het kader van de

aansprakelijkheid voor beroepsfouten eveneens gepleit voor de hantering van een hogere mate van schuld voor aansprakelijkheid. Om deze geringere aansprakelijkheid te rechtvaardigen werd een beroep gedaan op het algemeen belang: bij het stellen van de gebruikelijke voorwaarden zou een handeling wegens het risico van aansprakelijkheid achterwege blijven die evenwel in dat geval nuttig zou zijn geweest.³¹ Wolfsbergen vond deze argumenten niet overtuigend. Hij was van oordeel dat de ‘wenselijke geneigdheid, zo nodig enig risico te nemen’ ook zonder verzachting van de aansprakelijkheid in geval van onterecht genomen risico’s kon worden bereikt. Volgens hem kon het niet nemen van enig risico, daar waar risico’s genomen hadden moeten worden, ook worden aangemerkt als een fout (verwijtbare onrechtmatigheid). Er was dus geen reden de aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar in zijn algemeenheid te beperken door het hanteren van een hogere schuldgraad. Het zwaartepunt bij de beoordeling zou op deze wijze komen te liggen bij de vraag hoe de aangesproken persoon in de gegeven omstandigheden had moeten handelen: aan welke norm had hij zich moeten houden? In mijn optiek geldt dit ook voor de aansprakelijkheid van de bestuurder van de rechtspersoon die aangesproken wordt uit onrechtmatige daad. De discussie zou niet moeten gaan over de vraag of met het oog op het ‘ernstig verwijt’ de bestuurder in het kader van zijn

26. In gelijke zin D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid* (diss.), Deventer: Kluwer 2010, p. 31-35.

27. Zie met betrekking tot het laatste bv. M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, (oratie), Deventer: Kluwer 2005; L. Timmerman, ‘Naar geïntegreerde bestuurdersaansprakelijkheid?’, in P. Essers, G. Raaijmakers en G. van der Sangen e.a. (red.), *Met Recht* (Raaijmakers-bundel), Deventer: Kluwer 2009.

28. Zie bv. Stolp, a.w., p. 1444.

29. Vgl. Verstijlen, a.w., p. 668, die stelt dat de bestuurder niet een ‘algemene opdracht’ tot besturen heeft jegens de derde.

30. HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*Willemsen Beheer/NOM*). Recentelijk herhaald in HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628.

31. A. Wolfsbergen, *WPNR* (1940) 3654, p. 3.

taakvervulling heeft gehandeld³², maar over de vraag voor wie de plicht bestond zich te onthouden van gedragingen die tot de benadeling van de betreffende derde (schuldeiser) hebben geleid. Indien die plicht (ook) voor de bestuurder bestond, dan zie ik niet in waarom hij pas bij verdergaande schuld aansprakelijk zou zijn. Dat het juk van het 'ernstig verwijt' niet onvermijdelijk is, illustreert bovendien het rechtswetenschappelijk debat dat tot het midden van de vorige eeuw hierover werd gevoerd.

4.2. *Het arrest Kretschmar/Mendes de Leon*

Het onderscheid tussen aansprakelijkheid van de bestuurder in het kader van de bestuurlijke taakvervulling en aansprakelijkheid wegens schending van een op hem in een andere hoedanigheid rustende norm vertoont gelijkenissen met de leer die de Hoge Raad volgde voor hij het arrest *Kretschmar/Mendes de Leon* wees in 1927. Die leer hield in dat indien het orgaan (lees: de bestuurder) binnen de formele kring van zijn bevoegdheden had gehandeld (lees: in het kader van de bestuurlijke taakvervulling) uitsluitend de rechtspersoon aansprakelijk was voor de daaruit voortvloeiende schade.³³ Het orgaan ging voor wat betreft die handelingen op in de rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon. Uit de recente arresten blijkt dat de Hoge Raad ook thans een gelijksoortig onderscheid hanteert; handelen in het kader van de taakvervulling en ander handelen. Hoewel nu de aansprakelijkheid bij gedragingen in het kader van de bestuurlijke taakvervulling niet categorisch wordt uitgesloten, wordt met behulp van het 'ernstig verwijt' een beperkte aansprakelijkheid voorgestaan. De centrale rol die in de oude leer aan het kader van het handelen werd toegekend, werd echter afgewezen in het arrest *Kretschmar/Mendes de Leon*.³⁴ Dit arrest vormt mijns inziens nog steeds de basis voor de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen.

In *Kretschmar/Mendes de Leon* hadden de bestuurders en commissarissen van de Amsterdamse Handelsbank een verkeerde voorstelling van zaken geschetst omtrent de waarde van de aandelen van de bank waardoor een derde aandelen had genomen tegen een koers die niet met de werkelijke waarde ervan overeenkwam. De derde sprak de bestuurders aan voor de door hem geleden schade en de bestuurders stelden zich op het standpunt dat ze binnen de formele kring van hun bevoegdheden hadden gehandeld en conform de heersende leer dus niet persoonlijk aansprakelijk konden zijn. De Hoge Raad overwoog dat de organen persoonlijk aansprakelijk zijn uit onrechtmatige daad indien ze 'geacht kunnen worden persoonlijk een onrechtmatige handeling te hebben gepleegd' en brak daarmee met de oude leer door de vraag of de bestuurder had gehandeld in de uitvoering van de bestuurlijke werkzaamheden niet meer centraal te stellen. Verschillende auteurs bogen zich vervolgens over de vraag in welke gevallen het orgaan geacht kan

worden persoonlijk onrechtmatig te hebben gehandeld.

4.3. *Scholten's categorisering*

Scholten wijdde in zijn noot onder *Kretschmar/Mendes de Leon* belangrijke beschouwingen aan de vraag wanneer een orgaan persoonlijk aansprakelijk is uit onrechtmatige daad. Volgens hem moest bij de beantwoording van die vraag worden gelet op de aard van de norm en de aard van de handeling.

Bij de aard van de norm staat de vraag centraal tot wie de geschonden norm zich richt: wie is norm-adressaat? Indien de norm (wettelijke dan wel ongeschreven maatschappelijke) zich tot de rechtspersoon richt dan is uitsluitend de rechtspersoon aansprakelijk. Uit het systeem van normstelling volgt immers dat indien een normadressaat bestaat, de schending van die norm alleen kwalijk is indien dat door de adressaat gebeurt. Bij de aard van de handeling gaat het om de vraag wie de litigieuze handeling wordt geacht te hebben verricht. Scholten noemde daarbij het geval waarin een vermeend recht van de rechtspersoon wordt gehandhaafd. Indien het orgaan bijvoorbeeld een eigendomsrecht van de rechtspersoon heeft gehandhaafd, waardoor derden schade hebben geleden en waarvan later is gebleken dat het niet bestond, dan wordt de rechtsstrijd over het bestaan van het eigendomsrecht gevoerd tussen de rechtspersoon en de derde en niet tussen het orgaan en de derde. Daarom is het de rechtspersoon die de betreffende norm overtreedt en niet het orgaan. Auteurs hebben deze categorie van Scholten aangeduid als gevallen van rechtsdwaling en dwaling in de feiten.³⁵ Indien de rechtspersoon door een dwaling in het recht of dwaling in de feiten (aanwezig bij het orgaan) schade had toegebracht aan een derde, dan was enkel de rechtspersoon aansprakelijk. Beekhuis verklaarde dit door het risico-element

32. Uit de rechtspraak blijkt bovendien dat soms wordt volstaan met de constatering dat ernstig verwijtbaar is gehandeld, zonder dat wordt gespecificeerd waarom de bewuste handelingen een ernstig verwijtbare onrechtmatige daad uitmaken. Zie bijvoorbeeld HR 10 oktober 2014, *NJB* 2014, 1964. Hierin constateert de Hoge Raad in cassatie samenspanning en verbindt daaraan de conclusie dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt terwijl het hof (slechts) had vastgesteld dat hij (gewoon verwijtbaar) onrechtmatig had gehandeld, kennelijk met *Van de Riet/Hoffmann* in het achterhoofd. Uit de overwegingen van het hof kan in ieder geval worden afgeleid dat het ter zake van het onrechtmatigheidsoordeel (de uitvoering van het samenstel van overeenkomsten) geen samenspanning om de schuldeisers te benadelen, aannam.

33. Deze leer werd tot stand gebracht in de arresten HR 2 april 1880, W. 4516 en HR 12 januari 1883, W. 4868.

34. HR 25 november 1927, *NJ* 1928, 364 m.nt. Scholten (*Kretschmar/Mendes de Leon*).

35. J.H. Beekhuis, *Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hare organen voor onrechtmatige daden*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1924, p. 66-76.

dat aanwezig is bij de vaststelling van de aansprakelijkheid. Bij een dwaling in het recht of dwaling in de feiten (denk aan onterechte beslaglegging) hoeft niet onzorgvuldig te zijn gehandeld, maar komt de daaruit voortvloeiende schade wel voor rekening van de dwalende.³⁶ De rechtspersoon is dan risicoaansprakelijk. Omdat het orgaan enkel in geval van persoonlijke schuld (verwijtbaarheid) aansprakelijk kan (en behoort te) zijn, zou zijn aansprakelijkheid in dit geval zijn uitgesloten.³⁷

De aansprakelijkheid van het orgaan was derhalve in beginsel uitgesloten indien de norm die was overtreden tot de rechtspersoon was gericht of indien de aansprakelijkheid van de rechtspersoon risico-elementen bevatte die niet voor rekening van het orgaan konden en mochten worden gebracht. Echter, ook in deze gevallen ging het orgaan niet onverkort vrijuit. Hij kon volgens Scholten persoonlijk aansprakelijk zijn, indien hij in de bedoelde gevallen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm had gehandeld. Die norm geldt volgens hem te allen tijde, voor een ieder en bij elk handelen. Het orgaan kon dus, hoewel de overtreden norm tot de rechtspersoon was gericht en er sprake was van risicoaansprakelijkheid van de rechtspersoon, aansprakelijk zijn indien hij de algemene rechtsplicht had geschonden 'iemand niet te kwader trouw, of in de wetenschap dat de handeling volgens de bevoegde autoriteiten een onrechtmatig karakter draagt, schade toe te brengen'.³⁸

Uit het bovenstaande volgt dat in alle gevallen van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder het erom gaat dat hij een norm heeft overschreden die op hem rustte.³⁹ Die norm kan een wettelijk voorschrift zijn dat (ook) tot de bestuurder is gericht, maar ook een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm die de bestuurder in de gegeven situatie in acht moest nemen jegens de derde.

4.3.1. Aard van de bestuurdersaansprakelijkheid

Dat de bestuurder aansprakelijk is indien hij een op hem rustende norm heeft overtreden, past moeiteloos in het stramien van art. 6:162 BW: degene die toerekenbaar onrecht pleegt, is aansprakelijk. Waarom worstelen rechtspraak en literatuur dan over de aansprakelijkheidscriteria als het om de bestuurder van een rechtspersoon gaat? Het bijzondere aan bestuurders is dat zij in zichzelf deelnemers zijn aan het rechtsverkeer en allerlei normen in acht moeten nemen teneinde anderen geen schade te berokkenen, maar daarnaast ook de onmisbare schakel zijn tussen rechtspersonen en datzelfde rechtsverkeer. Zonder hun werkzaamheden kan een rechtspersoon niet functioneren. Dat de hoedanigheid van bestuurder noodzakelijk is om het concept rechtspersoon hanteerbaar te maken, brengt echter niet mee dat de bestuurder een gespleten rechtssubject wordt: een persoon in privé en een bestuurder.

Het gaat nog steeds om één rechtssubject voor wie de maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen (en de wettelijke voorschriften) niet ophouden te gelden indien hij handelt in de taakuitoefening als bestuurder.⁴⁰ Dit neemt niet weg dat de omstandigheid dat de betrokkene ten behoeve van de rechtspersoon handelde, de invulling van de op hem toepasselijke norm kan beïnvloeden.

4.4. Oude (en nieuwe) uitspraken en de norm: een illustratie

Hoe is de rechtspraak waarin bestuurders van rechtspersonen aansprakelijk zijn gehouden te passen in het hierboven uitgewerkte kader? Zoals is gebleken, staat in dat kader de op de bestuurder rustende norm centraal. Aan de hand van enkele oude en nieuwe uitspraken zal hierna worden getracht aan te geven welke normen kunnen worden aangewezen indien wordt geabstraheerd van de toegepaste systematiek met betrekking tot het 'ernstig verwijt'.

4.4.1. De Beklamel-norm

In het welbekende *Beklamel-arrest* werd geoordeeld dat de bestuurder aansprakelijk is indien hij 'bij het aangaan van verbintenissen namens de vennootschap wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen

36. Beekhuis, a.w., p. 66.

37. Dat het orgaan uitsluitend bij persoonlijke schuld aansprakelijk kon worden gesteld, bepaalde de Hoge Raad eerst in het *Houtvester-arrest* (HR 6 januari 1933, NJ 1933, 593). In het *Ovj-arrest* (HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165) dat ging over het handelen als orgaan van de staat, werd overwogen dat voor de aansprakelijkheid van het orgaan toerekening naar verkeersopvattingen niet mogelijk is. In de oude literatuur werd dit ook aangenomen voor het orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon.

38. Beekhuis a.w., p. 62.

39. Dat deze benadering ook na WOII weerklink vond, illustreert het arrest *Aalber/De Leij* (HR 19 maart 1993, NJ 1994, 92). Hierin oordeelde de Hoge Raad dat een orgaan van een rechtspersoon naast die rechtspersoon persoonlijk jegens die de benadeelde derde aansprakelijk kan zijn indien 'dit heeft gehandeld in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer jegens de benadeelde betaamt'. A-G Hartkamp verwierp in zijn conclusie voor dit arrest de opvatting dat voor het aannemen van aansprakelijkheid grove schuld was vereist. Hij stelde dat de aansprakelijkheid niet dient af te hangen 'van de zwaarte van de schuld, maar van de 'richting' daarvan: het op onbehoorlijke wijze verwaarlozen van de belangen van de benadeelde'. Typerend is ook een ander arrest waarin ter zake van de schending van de op de rechtspersoon (als werkgever) rustende veiligheidsvoorschriften geoordeeld werd dat de bestuurder daarbij ook de jegens de gedupeerde werknemers in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm had overtreden. Gezien het grote belang dat de aan zijn leiding toevertrouwde werknemers bij naleving van die voorschriften hadden, rustte de verplichting om daaraan te voldoen naar verkeersnormen ook op de bestuurder, luidde het oordeel. HR 15 oktober 1982, NJ 1984, 21 m.nt. Mijnsen.

40. Zie ook Van Andel en Rutten, a.w. die in hun relaterende bijdrage over *Van de Riet/Hoffmann* stelden dat de normen die voor de bestuurder gelden als professionele dienstverlener niet ophouden te gelden indien hij handelt in de taakuitoefening als bestuurder.

dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden'. De tussen aanhalingstekens geplaatste overweging is een norm die zich rechtstreeks tot de bestuurder richt en bij schending waarvan de bestuurder aansprakelijk is. Dat in *Ontvanger/X* werd overwogen dat dienovereenkomstig handelen een 'voldoende ernstig verwijt' oplevert, is een constatering die niets toevoegt.

Interessant is de wijze waarop de Hoge Raad in een recente uitspraak⁴¹ de weergegeven norm heeft toegepast. De bestuurder had namens de vennootschap een kredietovereenkomst gesloten ter zekerheid van de nakoming waarvan de vestiging van eersterangs pandrechten was bedongen. Het hof had vastgesteld dat de bestuurder ten tijde van het sluiten van de overeenkomst wist of behoorde te weten dat geen eersterangs pandrechten konden worden gevestigd omdat er reeds pandrechten van de bank op rustten. Aangezien de vennootschap de overeenkomst met betrekking tot de vestiging van de pandrechten niet kon nakomen, stond de vraag centraal of de bestuurder aansprakelijk was wegens schending van de *Beklamel*-norm. De Hoge Raad benadrukte allereerst de kern van de *Beklamel*-norm, die er aldus uit bestaat 'dat de bestuurder wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden'. Veel meer dan uit de in 1989 geformuleerde norm bleek, werd dus de voorzienbaarheid van de schade bij de schuldeiser – in de geest van het arrest *Staat/Shell*⁴² – op de voorgrond geplaatst bij de zorgvuldigheidsnorm. Vervolgens werd overwogen dat de enkele omstandigheid dat de schuldeiser (de kredietverstrekker) een tweede pandrecht verkreeg terwijl hij een eerste pandrecht had bedongen, niet meebrengt dat hij ten gevolge daarvan schade lijdt. Het verkrijgen van een slechtere zekerheidspositie op zichzelf werd dus niet gezien als schade.

Dit oordeel overtuigt. De kredietverstrekker had niet aannemelijk kunnen maken dat ten tijde van het sluiten van de kredietovereenkomst de bestuurder wist of behoorde te weten dat met zijn handelwijze schade zou worden toegebracht aan het belang van de kredietverstrekker om de kredietlening integraal afgelost te krijgen. Dat lag aan de omstandigheid dat niet voorzienbaar was dat de financiële situatie van de kredietnemer zou verslechteren én dat de kredietverstrekker daardoor met een al dan niet gedeeltelijk onverhaalbare kredietvordering achter zou blijven. De bank met de eerste pandrechten zou tot die tijd immers zeer wel voldaan kunnen zijn.

Niettemin kan de handelwijze van de bestuurder in deze zaak niet zonder meer proper worden genoemd. Hij verzwijgt iets waarvan hij met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid weet dat het bepalend is voor de wederpartij bij het wel of niet sluiten van de bewuste overeenkomst.⁴³ Een kredietverstrekker

zal zich bij het verstrekken van krediet wel achter het oor krabben als zijn zekerheidspositie niet voldoende is gewaarborgd; oftewel als hem bekend is dat een ander zich rechthebbende van eersterangs pandrechten mag noemen. De vraag is of de bestuurder in de totstandkomingsfase van de overeenkomst tussen de kredietverstrekker en de kredietnemende vennootschap die hij vertegenwoordigt (verwijtbaar) onrechtmatig handelen kan worden aangerekend. Het aanknopingspunt voor de onrechtmatigheid van het handelen ligt hier dus niet in de niet-nakoming van de overeenkomst door de vennootschap. Men zou deze situatie kunnen benaderen vanuit het oogpunt van het in paragraaf 4.2 geschetste kader. Bij het sluiten van de kredietovereenkomst kan een tot de rechtspersoon gerichte norm bestaan om als contractspartij de wederpartij niet in het duister te houden over een essentieel onderdeel van de overeenkomst. Goed voorstelbaar is dat het verzwijgen van een gegeven waarvan de rechtspersoon weet dat het essentieel is voor de wederpartij ter zake van het aangaan van de desbetreffende contractuele relatie onrechtmatig zal zijn omdat de mededelingsplicht wordt geschonden.⁴⁴ In het arrest *X/Eurocommerce*⁴⁵

41. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627.

42. In het arrest *Staat/Shell* werd overwogen dat de vraag of is gehandeld in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen in abstracto ervan afhangt 'of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien'. HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196 m.nt. CJHB.

43. In het cassatiemiddel kwam ook een gelijksoortig argument aan bod. RCI zou door de bestuurder op het verkeerde been zijn gezet omdat bij haar het vertrouwen was gewekt dat zij een solide zekerheidspositie had (zie nr. 4.1. conclusie A-G voor het arrest). De Hoge Raad plaatste het gehele cassatiemiddel echter in de sleutel van *Beklamel* en ging hieraan voorbij.

44. Zie Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 249. Vooropgesteld zij dat een mededelingsplicht niet geldt voor alle gevallen en ten aanzien van alle gegevens met betrekking tot de te sluiten overeenkomst. Die plicht bestaat in beginsel wel indien de wederpartij weet of behoort te weten dat de ander een verkeerde voorstelling van zaken heeft op een voor hem kenbaar essentieel onderdeel en hij naar verkeersopvattingen gehouden is om hem uit de waan te helpen. Die gehoudenheid kan ook voortvloeien uit strafbepalingen zoals art. 326 Sr.

45. HR 28 juni 2009, *NJ* 2009, 418. De feiten waren in het kort als volgt. Ten behoeve van de uitbreiding van de financiering van Vista B.V. door Fortis hadden beide aandeelhouders van Vista B.V., Kloosterbrink B.V. en Eurocommerce III B.V. een kapitaalinstandhoudingsverklaring (KIV) ondertekend. Uit kracht hiervan verplichtten beide partijen zich jegens Fortis het risicodragend vermogen van Vista aan te vullen indien het onder een bepaalde grens kwam. Kloosterbrink B.V. liet echter bij het tot stand komen van de KIV onvermeld dat haar vermogen om aan de KIV te voldoen afhankelijk was van een externe financier die slechts onder specifieke voorwaarden bereid was tot verdere financiering van Kloosterbrink B.V. Toen Vista B.V. niet aan haar verplichtingen kon voldoen, werd het gehele financieringsbedrag door Fortis verhaald op Eurocommerce III. Kloosterbrink B.V. verkeerde in de onmogelijkheid bij te dragen wegens het uitblijven van de externe financiering en bood ook geen verhaal voor regres door Eurocommerce III.

werd het verzwijgen van informatie over de financieringsvoorwaarden door Kloosterbrink B.V. in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid jegens Eurocommerce III B.V. geacht. De onbetamelijkheid schuilde hier volgens de Hoge Raad in de omstandigheid dat Eurocommerce daarmee werd blootgesteld aan het voor haar niet kenbare risico dat zij voor het gehele bedrag zou worden aangesproken zonder de mogelijkheid van regres op Kloosterbrink B.V. Gesteld zou dus kunnen worden dat in de hierboven aangekaarte zaak de kredietnemer onrechtmatig handelde door niet te vermelden dat reeds eerste pandrechten bestonden op de bedoelde zaken, waarmee de kredietverstrekker werd blootgesteld aan het voor hem niet kenbare risico dat bij financiële moeilijkheden hij een achtergestelde zekerheidspositie zou hebben. Voor de vraag of ook de bestuurder van de kredietnemer hierbij onrechtmatig heeft gehandeld, dient dan te worden bezien of hij bij zijn handelen een op hem rustende maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm jegens de kredietverstrekker heeft geschonden. In *X/Eurocommerce* werd overigens het verzwijgen van de cruciale informatie ook de bestuurder zelf aangerekend.⁴⁶ De vraag luidt dus of de bestuurder ook (persoonlijk) onrechtmatig handelt indien hij bij het tot stand komen van een overeenkomst tussen de door hem vertegenwoordigde vennootschap en een derde essentiële informatie achterwege laat. In beginsel niet, luidt het antwoord, want de norm om geen essentiële informatie te verzwijgen ziet op de rechtspersoon en door niet te spreken doet de bestuurder (slechts) iets wat de rechtspersoon niet mag. Ik zou het echter niet willen uitsluiten. Met name indien de bestuurder bijvoorbeeld door het aanwenden van kunstgrepen de verkeerde voorstelling omtrent het bestaan van de eerste pandrechten heeft veroorzaakt of deze in stand houdt, handelt hij jegens de derde ook zelf in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid. Echter, ook indien niet gesproken kan worden van enige vorm van bedrieglijk handelen, maar de bestuurder in zijn contacten met de derde een bepaalde vertrouwensrelatie heeft gekweekt en verzuimt te spreken, is het aannemen van persoonlijke onrechtmatigheid niet ondenkbaar. In het geval (listige) kunstgrepen van de bestuurder de wederpartij bewogen hebben tot het aangaan van een verbintenis, zal ook sprake kunnen zijn van oplichting ex art. 326 lid 1 Sr door de rechtspersoon. De bestuurder bewerkstelligt dan door zijn handelingen dat de rechtspersoon zich schuldig maakt aan oplichting. Naar strafrechtelijke maatstaven zal de bestuurder in dit geval zelf ook strafbaar zijn. Op grond van art. 51 lid 2 onder 2 Sr jo. art. 326 lid 1 kunnen zijn handelingen aangemerkt worden als het feitelijk leiding geven aan oplichting door de rechtspersoon.

4.4.2. De andere categorie uit *Ontvanger/X*

De andere categorie die in *Ontvanger/X* werd genoemd, betrof de casuspositie uit *NHB/Oosterhof* waarin de bestuurder had bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap een contractuele (in *Ontvanger/X* aangevuld met 'wettelijke') verplichting niet was nagekomen. Een contractuele of wettelijke verplichting van de vennootschap is bij uitstek een norm die tot de vennootschap is gericht en waarvoor aansprakelijkheid van de bestuurder conform het in het bovenstaande weergegeven kader niet kan worden aangenomen. Echter, ook bij een contractuele (of wettelijke) verplichting van de vennootschap kan de bestuurder onrechtmatig handelen indien hij bij zijn handelen niet de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid in acht neemt. Die maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm die op de bestuurder rust, werd in *Ontvanger/X* geformuleerd toen de Hoge Raad overwoog dat aansprakelijkheid bestaat indien vast komt te staan 'dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade'.⁴⁷ Dat het in deze gevallen om een door de bestuurder in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm gaat, werd ook als zodanig aangeduid in een uitspraak uit 1958, die wel de voorloper van *NHB/Oosterhof* kan worden genoemd.⁴⁸ Hierin bepaalde de Hoge Raad dat indien een orgaan weigert om de verbintenis van de vennootschap na te komen hetgeen een wanprestatie van de vennootschap oplevert, dit geen belemmering vormt om de weigering tot nakoming als een onrechtmatige daad van het orgaan jegens die derde aan te merken. Vervolgens overwoog de raad dat op grond van de door het hof vastgestelde omstandigheden moet worden geoordeeld 'dat de zorgvuldigheid welke van Dulleman [het orgaan] persoonlijk naar verkeersnormen t.a.v. Sala c.s. [de benadeelde derde] had in acht te nemen medebracht dat hij' meewerkte aan de nakoming van de verbintenis van de vennootschap.

46. De beoordeling werd in de sleutel van *Beklamel* geplaatst, evenwel met de opmerking dat het niet om een zuivere *Beklamel*-situatie ging aangezien de bestuurder van Kloosterbrink B.V. haar geen schulden had laten maken tegenover Eurocommerce III.

47. Onder deze categorie worden doorgaans ook gevaltypen als selectieve (wan)betaling en betalingsonwil geschaard.

48. HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251.

4.4.3. Enkele nieuwe uitspraken

Zo kunnen ook uit de recente uitspraken van de Hoge Raad normen worden gedistilleerd die de bestuurder in acht moet nemen. In de hierboven besproken uitspraak waarin de bestuurder buiten de door de wederpartij verleende volmacht was getreden, luidt de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm dat de bestuurder een specifiek gegeven instructie van de wederpartij niet mag negeren wetende of behorende te weten dat de wederpartij daardoor schade zal lijden.⁴⁹ Ook dit is een norm die zich tot alle deelnemers aan het rechtsverkeer richt en dus ook tot de bestuurder die namens een vennootschap handelt.

In weer een andere recente uitspraak waarin de bestuurder werd aangesproken uit onrechtmatige daad omdat hij zou hebben bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar vordering jegens een schuldeiser niet had voldaan, verfijnde de Hoge Raad de bestaande rechtspraak met betrekking tot selectieve betaling.⁵⁰ De norm uit *Ontvanger/X*⁵¹ werd met betrekking tot de status van de vordering op de vennootschap aldus aangevuld dat voldoende is 'dat de bestuurder ten tijde van het hem verweten handelen of nalaten ernstig rekening had moeten houden (...) met het bestaan van een vordering op de vennootschap. Niet is derhalve vereist dat de bestuurder absolute zekerheid heeft gehad over het bestaan van de vordering op de vennootschap.

4.4.4. Normen en systematiek

Uit het vorenstaande blijkt dat uit de rechtspraak min of meer uitgekristalliseerde normen kunnen worden gedistilleerd die het handelen van bestuurders in bepaalde omstandigheden reguleren. Dat de inhoud ervan niet in beton is gegoten, blijkt uit de in de recente uitspraken toegepaste verfijning door de Hoge Raad. Die normen passen naadloos in de in paragraaf 4.3 omschreven systematiek. Het nut en de noodzaak van het 'ernstig verwijt' kunnen bij de concretisering van de toepasselijke normen op zijn minst in twijfel worden getrokken.

5. Conclusie

Het arrest *Van de Riet/Hoffmann* dreigde de harmonische toepassing van de 'ernstig verwijt' maatstaf in het kader van de aansprakelijkheid van bestuurders uit onrechtmatige daad te verstoren. Het onderscheid dat de Hoge Raad daarin had aangebracht werd verduidelijkt in een recente uitspraak. Voor de vraag of het 'ernstig verwijt' moet worden toegepast, is bepalend of de aangesproken persoon heeft gehandeld in het kader van zijn taakvervulling als bestuurder van een rechtspersoon. In deze bijdrage is betoogd dat dit onderscheid nieuwe vragen oproept. Zo is niet duidelijk aan de hand waarvan dient te worden beoordeeld of een handelen binnen de taakvervulling valt zodat te verwachten is dat deze vraag de discussie zal gaan overheersen. Die discussie zou daarentegen moeten gaan over de

vraag hoe de aangesproken persoon (bestuurder) zich in de gegeven omstandigheden had moeten gedragen gelet op de belangen van derden. Tevens is aangegeven dat de argumenten die worden aangevoerd voor de hantering van de 'ernstig verwijt' maatstaf in het kader van de onrechtmatige daad-aansprakelijkheid van de bestuurder niet dwingend zijn. Aan de hand van het oud rechtsgeleerd debat over deze problematiek is geopperd de toepasselijke norm (weer) centraal te stellen. Die norm kan een wettelijk voorschrift zijn dat specifiek tot de bestuurder is gericht, maar kan ook een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm zijn die hij in acht moet nemen bij de naleving van wettelijke voorschriften door de rechtspersoon.

De maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm kan ook van toepassing zijn in gevallen van risicoaansprakelijkheid van de rechtspersoon; hoewel het in eerste instantie de rechtspersoon is voor wiens rekening de schade in dat geval komt, zal de bestuurder nog steeds de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid in acht moeten nemen jegens de derde. Aangegeven is tot slot dat een groot deel van de bestaande rechtspraak over de bestuurdersaansprakelijkheid zonder bezwaren in het perspectief van de norm kan worden geplaatst. Veel duidelijker dan de systematiek van het 'ernstig verwijt' dwingt de focus op de norm te specificeren waarin de handelwijze van de bestuurder verschilt van de wijze waarop hij had behoren te handelen.

49. De Hoge Raad oordeelt in het betreffende arrest zelf (het hof had dit in het midden gelaten) dat de betrokkene persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat hij in strijd met de hem gegeven instructie heeft gehandeld. Waaruit het ernstige van het verwijt bestaat, wordt hier niet duidelijk. Het in strijd met een specifieke instructie handelen wetende dat de wederpartij daardoor schade zou lijden, levert immers een 'gewoon' verwijtbare onrechtmatige daad op. Voor een 'ernstig verwijt' zou meer aan de hand moeten zijn. Dit oordeel is illustratief voor de onduidelijkheid waarmee het 'ernstig verwijt' omgeven is.

50. HR 4 april 2014, *NJ* 2014, 195.

51. 'De bestuurder wist of had redelijkerwijs behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen of geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade' (r.o. 3.5).